



VU Research Portal

'Wij zijn hier'. Gelijke behandeling van niet uitzetbare vreemdelingen?

Spijkerboer, T.P.

published in

Nederlands Juristenblad
2013

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Spijkerboer, T. P. (2013). 'Wij zijn hier'. Gelijke behandeling van niet uitzetbare vreemdelingen? *Nederlands Juristenblad*, (19), 1254-1262.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

‘Wij zijn hier’

Gelijke behandeling van niet uitzetbare vreemdelingen?

Thomas Spijkerboer¹

Dit artikel is de schriftelijke weergave van de Artikel 1 lezing die de auteur op 22 maart 2013 hield aan de Universiteit Utrecht. In hoeverre is het uit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel gerechtvaardigd dat niet uitzetbare asielzoekers die zich in Nederland bevinden anders worden behandeld dan andere personen die zich in Nederland bevinden op het punt van sociaal-economische grondrechten, zoals arbeid, sociale zekerheid, huisvesting, onderwijs en gezondheidszorg? De claim op deze rechten wordt afgeweerd door er op te wijzen dat de vluchtelingen daarvoor in hun eigen land moeten zijn maar daarmee wordt er ten onrechte vanuit gegaan dat het nationaliteitsrecht op internationaal niveau een sluitende lappendeken is.

Sinds 2012 voeren afgewezen maar niet-uitzetbare asielzoekers actie onder het motto ‘Wij zijn hier’. In tentenkampen en gekraakte kerken protesteren ze tegen een asielbeleid dat hun asielverzoeken afwijst terwijl ze niet kunnen worden uitgezet, en in dezelfde beweging organiseren ze als een soort doe-het-zelvers hun eigen gemeenschap en hun eigen bestaansvoorwaarden.² Ik zal hun situatie analyseren aan de hand van het gelijkheidsbeginsel. In hoeverre is het gerechtvaardigd dat deze personen die zich in Nederland bevinden anders worden behandeld dan andere personen die zich in Nederland bevinden op het punt van sociaal-economische grondrechten, zoals arbeid, sociale zekerheid, huisvesting, onderwijs en gezondheidszorg?

Het klassieke juridische concept van de vluchteling, dat halverwege de vorige eeuw uitkristalliseerde, draait om het idee dat de normale band van vertrouwen en loyaliteit tussen staat en burger is verbroken.³ De protesterende asielzoekers komen uit landen als Somalië, Irak en Soedan. Daar is geen overheid, of een overheid die een deel van de bevolking niet als de zijne beschouwt. De overheid probeert minderheden als Oromo's in Ethiopië en Nuba's in Soedan te verdrijven, of de bevolking wordt meedogenloos als strijdperk gebruikt zoals in Oost-Congo. Deze mensen hadden geen wederkerige band met de overheid in hun land van herkomst. In die zin zijn zij als vluchteling aan te merken, en zo zal ik ze hier ook regelmatig noemen. Ik gebruik het begrip dus niet noodzakelijkerwijze in positiefrechtelijke zin, maar ik gebruik het concept dat ten grondslag ligt aan het positiefrechtelijke begrip. Die twee zaken zijn ver van elkaar verwijderd geraakt, en daardoor worden veel mensen die wel vluchteling zijn in de zin van de grondslag van het vluchtelingenrecht niet erkend als vluchteling in de positiefrechtelijke zin. De mensen om wie het gaat zitten klem in de

kloof die tussen deze twee begrippen is ontstaan.

In het internationale recht wordt uitgegaan van de fictie dat nationaliteiten gelijk zijn. We zullen zien dat de claim op sociaal-economische grondrechten die de vluchtelingen formuleren wordt afgeweerd door er op te wijzen dat ze daarvoor in hun eigen land moeten zijn. Het werkelijken van fundamentele rechten verloopt primair via nationale staten. Maar landen als Somalië, Irak, Congo en Afghanistan zijn – op verschillende manieren en in verschillende mate – *failed states*. Je kunt daar wel de nationaliteit in formele zin van hebben, maar het is een nationaliteit die een volstrekt andere waarde heeft dan de Amerikaanse of de Nederlandse. De formele gelijkstelling van staten in het internationale recht – daaronder begrepen het nationaliteitsrecht – gaat voorbij aan de radicale verschillen tussen landen, en daarmee aan wat een mens heeft aan de Somalische onderscheidenlijk de Nederlandse nationaliteit.⁴ Verdergaand geformuleerd: het allocatiesysteem dat nationaliteitsrecht is (welke persoon hoort bij welk land?) pretendeert sluitend te zijn, en voor iedereen een oplossing te hebben – desnoods formele staatloosheid in de zin van het Staatlozenverdrag van 1954. Maar het allocatiesysteem vertoont hiaten en grijze zones; er is niet voor iedereen een plek, en niet iedereen voor wie geen plek is wordt afgedekt door staatloosheid.⁵ Zo heeft Neder-

Er is niet voor iedereen een plek, en niet iedereen voor wie geen plek is wordt afgedekt door staatloosheid

land niet eens een procedure voor erkenning als staatloze, terwijl het buiten schuld-beleid (dat over de facto staatlozen gaat) zo restrictief is dat het slechts voor enkele tientallen vreemdelingen per jaar een oplossing biedt.⁶ Het nationaliteitsrecht veronderstelt dat het op internationaal niveau een sluitende lappendeken is, maar in werkelijkheid bestaat het uit ijschotsen die over elkaar heen schuiven, en die wakken laten.

Onderscheid naar nationaliteit

Art. 1 van de Grondwet bepaalt dat allen die zich in Nederland bevinden in gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Art. 2 Gw geeft ogenblikkelijk een kwalificatie van het voorop gezette gelijkheidsbeginsel. Nederlanderschap wordt bij wet geregeld; en de wet regelt de toelating en uitzetting van vreemdelingen. Het Nederlandse constitutionele recht bevat dus een uitdrukkelijke uitzondering op het gelijkheidsbeginsel. Het vreemdelingenrechtelijke onderscheid naar nationaliteit mag.

De doctrine die het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft gebouwd in zijn jurisprudentie over het EVRM zit technisch wat anders in elkaar, maar het komt in effect op het zelfde neer. Al sinds *Abdulaziz* overweegt het EHRM standaard dat staten het soevereine recht toekomt om te beslissen over de toelating en uitzetting van vreemdelingen: 'as a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals into its territory'. Bij hun uitoefening van dat soevereine recht mogen ze het EVRM niet schenden.⁷ Het Hof zet dus een andere constructie op. Het begint niet, zoals de Grondwet, met het grondrecht waarop de inbreuk een uitzondering is. Het Hof begint met het recht van de staat, en concipieert een beperking op dat recht als een uitzondering.

We kunnen concluderen dat het recht op gelijke behandeling er niet aan in de weg staat dat

- a) Staten nationaliteiten mogen instellen; en
- b) Dat staten op grond van dat instituut onderscheid

mogen maken bij de toelating en uitzetting van vreemdelingen.

Niet uitzetbaren

De schattingen over het aantal illegalen in Nederland loopt uiteen. Het komt er in het kort op neer dat 100 000 een veilige gok lijkt, al hebben Anita Böcker en Kees Groenendijk er ooit op gewezen dat dat aantal eerder door publicitaire dan door empirische overwegingen lijkt te zijn ingegeven.⁸ Sommige vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf hebben hun situatie vooral aan zichzelf te danken. Een Amerikaan zonder verblijfsrecht kan gewoon weer naar huis, en als hij hier is, is dat zijn keuze. Ik zal me in dit artikel richten op niet uitzetbare afgewezen asielzoekers, omdat aan de hand van hun situatie het dilemma waar ik het over wil hebben scherp kan worden geanalyseerd. Ik weet dat er ook andere groepen zijn wier positie aandacht behoeft, zoals *domestic workers*. Daar ga ik het niet over hebben, niet omdat de positie van deze groep geen analyse behoeft maar omdat een mens niet alles tegelijk kan.

Binnen de groep protesterende vluchtelingen onderscheid ik vier groepen: (1) mensen die evident groepsgewijs asiel hadden moeten hebben, namelijk de Somaliërs; (2) mensen voor wie het land van herkomst geen reispapieren afgeeft; (3) mensen voor wie alleen reisdocumenten worden afgegeven als ze verklaren dat ze vrijwillig teruggaan; en (4) de firma list & bedrog: mensen die telkens een andere nationaliteit en/of identiteit opgeven, en daardoor zowel de Nederlandse overheid als de overheid van hun land van herkomst in de war maken.

- 1) Op 17 juli 2012 deed de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een uitspraak over de vreemdelingenbewaring van een Somaliër die volgens de minister via de luchthaven van Mogadishu kon doorreizen naar een veilig deel van Somalië. De Afdeling signaleert dat de minister zelf van mening was dat de situatie in Mogadishu zodanig was dat er een ernstige

Het Nederlandse constitutionele recht bevat een uitdrukkelijke uitzondering op het gelijkheidsbeginsel.

Het vreemdelingenrechtelijke onderscheid naar nationaliteit mag

Auteur

1. Prof. Mr. T.P. Spijkerboer is hoogleraar migratierecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Tekst van de Artikel 1-lezing, Universiteit Utrecht, 22 maart 2013. Met dank aan Ernst Hirsch Ballin voor hierna afgedrukte reactie; aan Pieter Boeles voor zijn inbreng tijdens het schrijven van deze tekst; aan Lieneke Slingenberg en Karin de Vries voor hun commentaar op een eerdere versie; en aan Banafsheh Mogaddassi voor haar onderzoeksassistentie.

Noten

- 2. Overigens is het niet uniek dat 'illegalen' als groep de openbaarheid zoeken, vergelijk m.b.t. Canada Alison Kesby: *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law*, Oxford University Press, 2012, 131; Anne McNevin: *Contesting Citizenship. Irregular Migrants and New Frontiers of the Political*, New York: Columbia University Press 2011.
- 3. Atle Grahl-Madsen: *The Status of Refugees in International Law*, Vol. I, Leiden:

A.W. Sijthoff 1966, p. 79.

4. Kesby, p. 46.

5. Kesby p. 36-37, 64. Macklin pleit ook als staatslozen te beschouwen mensen met 'nominal citizenship in a failed state', Audrey Macklin: *Who is the Citizen's Other? Considering the Heft of Citizenship*, *Theoretical Inquiries in Law* 2007, p. 333 e.v.

6. Michel Collet: 'Onuitzetbaarheid en het buitenschuld criterium', *Migrantenrecht* 2009, p. 132-136.

7. EHRM 28 mei 1985, RV 1950-2009, 13

(*Abdulaziz*), noot Boeles, par. 67, in de context van art. 8 EVRM. In hetzelfde arrest stelt het Hof onder art. 14 dat geen onderscheid naar ras wordt gemaakt omdat het om migratiebeleid gaat, par. 85.

8. Kees Groenendijk en Anita Böcker, 'Het schatten van onschatbaren. Aantallen illegalen, beeld van een categorie of van de schatter?', *Migrantenstudies* 1995, 117-128.



Open your heart - open your eye - le droit de l'homme © Chekh El Mouthena Marrakchy, zat in vreemdelingenbewaring vanaf de ontruiming van het tentenkamp aan de Notweg in Amsterdam op 30 november 2012 tot de opheffing van de bewaring door de rechtbank op 14 januari 2013; verblijft nu in de Vluchtkerk in Amsterdam.

bedreiging van leven of persoon van burgers als gevolg van willekeurig geweld was, in de zin van art. 29 lid 1 onder b, ten 3^{de} Vw 2000.⁹ De verwijdering via het vliegveld van Mogadishu zou de betrokkene dus in een situatie brengen die in strijd was met art. 3 EVRM. Er was geen zicht op (rechtmatige) uitzetting, zodat de vreemdelingenbewaring opgeheven moest worden.¹⁰ Er waren derhalve (aldus de Afdeling) gegronde redenen om aan te nemen dat de man bij uitzetting een reëel risico liep om te worden onderworpen aan een behandeling in strijd met art. 3 EVRM. Dat leidt ingevolge art. 29 Vw 2000 en art. 18 Richtlijn 2004/83 tot asielerlening. Maar dat deed de minister niet; hij liet alles bij het oude. Dat was in strijd met de wet. De wet biedt een mogelijkheid voor het geval de staatssecretaris het nemen van zo'n beslissing wil uitstellen, bijvoorbeeld

om nieuwe informatie af te wachten. Dat is afkondiging van een besluitmoratorium op grond van art. 43 Vw. Gevolg daarvan is dat de vreemdelingen die onder het moratorium vallen in de opvang blijven. Op grond van het wettelijk systeem hadden Somaliërs in 2012 asiel, of minimaal opvang hangende het besluitmoratorium moeten krijgen. De Nederlandse overheid koos er voor zich niet aan de wet te houden en liet hen in de kou staan. De staatssecretaris vindt inmiddels dat de ontwikkelingen in Somalië een wijziging van die conclusie rechtvaardigen, en daar heeft hij ook wel argumenten voor.¹¹ Er zijn ook argumenten tegen. Zo weigert het IOM mee te werken aan vrijwillige terugkeer van Somaliërs, omdat het – in het voetspoor van UNHCR – de situatie in Somalië nog te onveilig vindt. Eerst moet de rechter daar maar eens over oordelen, en

In de afgelopen 20 jaar is de dominantieverhouding tussen het vreemdelingenrecht en andere rechtsgebieden één voor één en stukje bij beetje omgedraaid

zolang die geen groen licht heeft gegeven, blijft de conclusie dat Somaliërs voorshands recht op asiel hebben.¹² Ongeveer de helft van de Amsterdamse actievoerders is Somaliër.

- 2) De andere helft van de Amsterdammers komt uit andere Afrikaanse landen. Voor hen is de situatie dus anders. Ze hebben langdurig (tot in totaal vier jaar), en vaak herhaaldelijk¹³ in vreemdelingenbewaring gezeten, en zijn geklinkerd. De overheid van hun land van herkomst weigert reisdocumenten af te geven, zonder dat duidelijk is waarom.¹⁴ Het gaat daarbij deels om leden van minderheden die flink in de verdrukking zitten, zoals Nuba's uit Soedan of Oromo's uit Ethiopië.¹⁵
- 3) De Afdeling oordeelde onlangs dat er toch zicht op uitzetting naar Ethiopië is,¹⁶ mits de vreemdeling verklaart dat hij vrijwillig wil terugkeren. De situatie van Irakezen (die in Den Haag actie voeren) is een variant daarop. Irak accepteert alleen afgewezen asielzoekers die vrijwillig terug willen. Er keren veel Irakese vluchtelingen terug uit buurlanden, en dat trekt een zware wissel op de opvangcapaciteit van het – ook voor het overige zwaar geteisterde – land. Mensen uit Europese landen die zelf terug willen, komen terug met een plan, en zijn eigenlijk daarom heel welkom. Mensen die niet terug willen zullen dat niet willen omdat ze niet goed weten hoe ze hun leven in Irak weer kunnen oppakken, en daarom geeft Irak voor hen geen reisdocumenten.¹⁷ De Afdeling bepaalde in een uitspraak van 13 april 2012 dat er om die reden geen zicht op uitzetting was, waardoor vreemdelingenbewaring onrechtmatig was.¹⁸ Er zijn ook andere groepen voor wie opgaat dat zij reisdocumenten van het land van herkomst krijgen als zij tegenover hun consulaat verklaren dat ze vrijwillig

terug gaan. Sommigen verklaren naar waarheid dat ze dat niet willen en krijgen dus geen reisdocumenten. De Nederlandse overheid vindt dat ze moeten meewerken door te liegen, en daar kan ik inkomen. De vluchtelingen zelf wijzen op de situatie in hun land, en vinden het een tikkeltje apart dat de Nederlandse overheid nu ineens wil dat ze liegen. Ook voorstelbaar.

- 4) Er zijn zonder enige twijfel mensen die wel terug zouden kunnen als ze de juiste gegevens op zouden geven – de firma list & bedrog. Dat is een van de groepen niet-verwijderbare asielzoekers, naast de andere drie. De kwestie van de niet uitzetbare afgewezen asielzoekers kunnen we niet 'oplossen' door te doen alsof het louter om bedriegers gaat.

Voor de Nederlandse overheid zijn de groepen drie en vier niet goed uit elkaar te houden, zodat niet goed valt uit te maken wie echt niet terug kan, wie prima terug kan, en wie in de lastige tussengroep zit. Gemakshalve scheert het beleid ze allemaal over een kam.¹⁹

De gang van zaken rond de ontruimingen van de tentenkampen in Amsterdam en Den Haag was illustratief. Geen enkele Irakees van het tentenkamp aan de Koekamp in Den Haag is in bewaring genomen – er is immers geen zicht op uitzetting naar Irak. Van de 108 mensen van de Amsterdamse Notweg stonden er 98 binnen twaalf uur weer op straat, in het inmiddels befaamde bushokje. Van de overige tien zijn er vier in de loop van de tijd door DT&V vrijgelaten, zijn er twee op last van de rechter vrijgelaten, zitten er nog twee vast, en zijn er welgeteld twee uitgezet, een naar Armenië en een naar Italië, het verantwoordelijke Dublin-land.²⁰ Van de Amsterdamse arrestanten is – naar boven afgerond – 1,9% uitgezet.

Nederland is, zagen we eerder, bevoegd om deze

9. Vergelijk EHRM 17 juli 2008, RV 1950-2009, 7 (NA vs. Verenigd Koninkrijk), noot Battjes; HvJ EU 17 februari 2009, RV 1950-2009, 9 (Elgafaji), noot Battjes.

10. ABRvS 17 juli 2012, JV 2012/362.

11. Kamerstukken II 2012/13, 19 637 nr. 1595.

12. Het is overigens de vraag of Somalische zaken nu onder de *inclusion clause* van het Vluchtelingenverdrag (art. 1A-2) moeten worden beoordeeld, of onder de *cessation clause* (i.c. art. 1C-5). Als iemand asiel heeft, kan dat alleen worden ingetrokken vanwege een verbetering van de situatie in het land van herkomst als die verbetering significant en niet tijdelijk veranderd is (art. 1C lid 5 Vluchtelingenverdrag, art. 11 lid 2 en 15 lid 2 Definitieverdrag). Op 30 november 2012 werd een nieuw ambtsbericht

uitgebracht, waaruit de staatssecretaris op 14 december 2012 concludeerde dat verandering naar Somalië wel weer mogelijk was omdat de situatie daar is verbeterd, Kamerstukken II 2012/13, 19 637 nr. 1595, p. 3. Ik denk dat de *cessation clause* moet worden toegepast omdat het onthouden van deze titel in strijd met de wet was. Als we nu de *inclusion clause* toepassen, en niet de voor de betrokkenen gunstiger *cessation clause*, dan profiteert de overheid van handelen in strijd met de wet, en ondervinden de vluchtelingen daar nadeel van; dit genot van verboden vruchten lijkt me niet aanvaardbaar.

13. Van alle mensen in vreemdelingenbewaring in 2010 zat 27% voor de tweede/derde/vierde keer vast, Dienst Justitiële Inrichtingen: *Een profielschets van vreem-*

delingen in bewaring 2010, Ministerie van Veiligheid en Justitie, Den Haag 2012, p. 29. Met dank aan Annet Busser.

14. Bijvoorbeeld m.b.t. Ethiopië ABRvS 13 november 2012, JV 2013/24.

15. Zie over de positie van Nuba's bijvoorbeeld <http://www.hrw.org/news/2013/01/04/last-nuba-again>; over de positie van Oromo's bijvoorbeeld Advocates For Human Rights: *Human Rights in Ethiopia: Through the Eyes of the Oromo Diaspora*; Office of the High Commissioner for Human Rights: A/HRC/WG.6/6/ETH/3, UNGA, 22-9-2009.

16. ABRvS 7 februari 2013, LJN BZ 1332.

17. Kamerstukken II 2011/12, 19 637, nr. 1553, p. 1.

18. ABRvS 13 april 2012, JV 2012/253.

Overigens was deze beslissing cruciaal voor

de tentenkampen: de Irakezen realiseerden zich dat ze de openbaarheid konden zoeken zonder het risico op detentie te lopen.

19. Andere landen waarbij zicht op uitzetting (in sommige perioden) niet wordt aangenomen: China, ABRvS 5 september 2008, JV 2008/418, noot Baudoin, weer wel sinds ABRvS 9 augustus 2010, JV 2010/377. Somaliland, ABRvS 1 juli 2011, JV 2011/374. Algerije, ABRvS 24 december 2010, JV 2011/83. Mauritanië, Rb. 's Gravenhage zp Utrecht 14 januari 2013, AWB 12/40079; betrof overigens een man die bij de ontruiming van tentenkamp Notweg was opgepakt en een van de leiders van de acties in Amsterdam is.

20. E-mail van Lokien Holleman aan Thomas Spijkerboer, 20 maart 2013.

mensen ongelijk te behandelen aan Nederlanders en andere vreemdelingen. Nederland mag, op grond van hun nationaliteit, overgaan tot uitzetting. Maar, zo hebben we in deze paragraaf gezien, dat blijkt gemakkelijker gezegd dan gedaan.

De koppelingswet

Dit probleem dateert niet van vandaag of gisteren. Sinds twintig jaar maakt Nederland niet alleen onderscheid naar nationaliteit bij de toelating en uitzetting van vreemdelingen, maar ook bij het verstrekken van uitkeringen, vergunningen en voorzieningen. Art. 10 lid 1 Vw 2000 bepaalt 'De vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft, kan geen aanspraak maken op toekenning van verstrekkingen, voorzieningen en uitkeringen bij wege van een beschikking van een bestuursorgaan. (...)'; deze bepaling werd oorspronkelijk in 1998 ingevoerd.²¹

Deze ongelijke behandeling van vreemdelingen is op het eerste gezicht in strijd met de Grondwet en de doctrine van het EHRM. Immers, allen die zich in Nederland bevinden worden in gelijke gevallen gelijk behandeld, zonder onderscheid naar nationaliteit. De uitzondering die art. 2 Gw en de jurisprudentie van het EHRM toestaan betreft de toelating en uitzetting van vreemdelingen. Waar het om toelating en uitzetting gaat is onderscheid naar nationaliteit toegestaan. Dus, zou je denken, dan geldt voor uitkeringen en dergelijke gewoon nog de hoofdregel: gelijke behandeling van allen die zich in Nederland bevinden, zonder onderscheid naar nationaliteit.

Maar dat blijkt anders te liggen. Sinds twintig jaar ontdekken we dat allerlei dingen die op het eerste gezicht niet over de toelating en uitzetting van vreemdelingen gaan, daar toch alles mee te maken hebben, en wel in die mate dat ze onder de uitzondering op het gelijkheidsbeginsel vallen.²² We nemen sociale zekerheid als voorbeeld. Tot ver in de jaren tachtig stonden de doelstellingen van de sociale zekerheid voorop, ook als het om vreemdelingen ging. Daarbij was hun verblijfsstatus niet irrelevant, maar

punten. Ten eerste moet een werknemer verzekerd zijn tegen het risico van inkomensderving bij ziekte. Ten tweede moeten andere werknemers beschermd worden tegen de oneerlijke concurrentie die uitgaat van onverzekerde werknemers, die immers voor werkgevers goedkoper zijn. Zeker, werknemers zonder verblijfsrecht mogen hier niet zijn en hier niet werken. Daar moeten de vreemdelingendienst en de arbeidsinspectie ook zeker iets aan doen. Maar als iemand toch hier is en werkt, dan moet hij verzekerd zijn – wie de doelstellingen van sociale zekerheid voorop stelt, zal dat de normaalste zaak van de wereld vinden.

In de afgelopen twintig jaar is de dominantieverhouding tussen het vreemdelingenrecht en andere rechtsgebieden één voor één en stukje bij beetje omgedraaid. Een paar voorbeelden:

- Vreemdelingen zonder verblijfsrecht en zonder tewerkstellingsvergunning zijn sinds 1991 uitgesloten van het sofinummer, daarmee van de mogelijkheid om belasting en premies te betalen, en daarmee van de mogelijkheid om deel te nemen aan werknemersverzekeringen.
- Vreemdelingen die toch recht hebben op bijstand (met name: asielzoekers) krijgen niet meer een bijstandsuitkering, maar een uitkering op grond van een voorliggende voorziening op grond van de Wet COA. De manier waarop die voorzieningen worden verstrekt is geheel geënt op de asielprocedure, en heeft als doel de asielprocedure en het asielbeleid te ondersteunen. Dat gaat zelfs zo ver, dat Lieneke Slingenberg de vraag opwerpt of verblijf in de asielopvang niet moet worden opgevat als detentie, waardoor veel strengere kwaliteitsnormen van toepassing zijn.²³
- Waar tot 2001 vreemdelingen een beroep konden doen op de procedurele regels van het bestuursrecht om hun gestelde rechten te verwerkelijken, nu is – nota bene grotendeels op initiatief van de bestuursrechter zelf – het bestuursprocesrecht onderworpen aan de doelstellingen van het vreemdelingenbeleid.²⁴

Was het, kortom, een paar decennia geleden zo dat het vreemdelingenrecht dienend was ten opzichte van de doelstellingen van andere rechts- en beleidsterreinen, nu zien we dat andere rechtsgebieden dienend zijn ten opzichte van de doelstellingen van het vreemdelingenrecht en –beleid. Het vreemdelingenrecht ging vooral over toelating en uitzetting. Nu wordt een vreemdeling veel langer en op veel meer terreinen achtervolgd door zijn status van vreemdeling. De huidige situatie heeft niets vanzelfsprekends of noodzakelijks, evenmin als de eerdere situatie natuurlijk.

In haar boek *The Citizen and the Alien*²⁵ onderzoekt Linda Bosniak deze flexibiliteit naar tijd en plaats van het vreemdelingenrecht. Bosniak onderscheidt vier aspecten van burgerschap: de formele status (nationaliteit in de enge zin van het woord), rechten, participatie en identiteit. Het dominante idee is dat die vier aspecten samenvallen, maar dat is niet het geval. Mensen die formeel Nederlander zijn hebben met succes betoogd dat zij tweederangs burgers waren; omdat zij geen stemrecht hadden (vrouwen tot 1919), niet handelingsbekwaam waren (gehuwde vrouwen tot 1957), strafbaar waren (homoseksuelen tot 1970), geen gelijke rechten hadden in sociale zekerheid (vrouwen en homoseksuelen tot diep in de jaren tachtig) – en ga zo maar door. Anil Ramdas hamerde

De vraag is op welke gebieden je vreemdelingen wilt achtervolgen met hun status van vreemdeling. Die vraag wordt prangend als het gaat om fundamentele rechten

hij voerde niet de boventoon. Het kon bijvoorbeeld gebeuren dat een vreemdeling zonder verblijfsvergunning en zonder tewerkstellingsvergunning wel premies afdroeg, en dus een ziektebewijduitkering kreeg. Omdat het koppelingsbeginsel al ruim twee decennia opgeld doet, vinden we dat tegenwoordig een tegennatuurlijke situatie. Als je vindt dat alles om het vreemdelingenrecht draait is dat inderdaad raar. Maar als je sociale zekerheid als uitgangspunt neemt, is dat helemaal niet raar. De Ziektewet heeft twee uitgangs-

er op dat niet-Hollandse Nederlanders niet inbegrepen zijn in de dominante opvatting van de Nederlandse identiteit. Toegelaten vluchtelingen hebben, de andere kant op, bijna alle rechten van nationale onderdanen, ook als zij het Nederlanderschap niet hebben. En de Nederlandse situatie voor de invoering van het koppelingsbeginsel is nog een illustratie van de ontkoppelbaarheid van de vier elementen. Mensen die niet alleen geen Nederlander waren, maar ook geen verblijfsrecht hadden, hadden veel meer rechten dan nu, die deels aan hen toekwamen op

De huidige situatie, waarin vreemdelingen in vrijwel elk aspect van hun dagelijks leven worden achtervolgd door de grens, is niet vanzelfsprekend

grond van hun participatie aan de arbeidsmarkt.

Juridisch kan er dus een heleboel. De vraag is op welke gebieden je vreemdelingen wilt achtervolgen met hun status van vreemdeling. Die vraag wordt prangend als het gaat om fundamentele rechten. Mag illegalen het recht op minimum bestaansvoorwaarden worden ontzegd, omdat ze die grondrechten in hun land van herkomst geldend kunnen maken? Uiteraard, zegt ons gekoppelde bewustzijn. Mogen illegalen worden gemarteld, omdat ze tegenover hun land van herkomst het recht geldend kunnen maken om niet te worden gemarteld? Bizar idee, zal iedereen zeggen. Mogen illegalen die ook nog eens gevaarlijk zijn maar die niet uitgezet kunnen worden voor onbepaalde tijd worden gedetineerd zonder strafrechtelijke grondslag? Het House of Lords en het EHRM moesten er aan te pas komen om vast te stellen dat dat niet mag.²⁶

Michael Walzer's idee van *sphere separation*, waaraan Bosniak veel ontleent, is in dit verband relevant.²⁷ Er moeten schaarse goederen worden verdeeld in verschillende sferen: geld, opleiding, macht, gezondheid, en ga zo maar door. Binneneen sfeer mag er ongelijkheid zijn. Iemand die die harder werkt, mag meer geld verdienen. Iemand die geschikter is om premier te zijn en dus meer stemmen krijgt mag meer macht hebben. Maar iemand die met eco-

nomische macht politieke macht koopt, om daarmee zijn economische positie te versterken (Berlusconi) vermengt twee sferen: hij gebruikt zijn dominantie in de ene sfeer om zijn positie in de andere sfeer te versterken, en gebruikt daarmee argumenten uit de ene sfeer (geld) die in die andere sfeer (politiek) niet geldig zijn. Zo'n vermenging van sferen is onrechtvaardig.

Als we toegang tot Nederland beschouwen als een schaars goed, dan moet dat schaars goed worden verdeeld op grond van ter zake doende criteria. Dat is in alle liberale landen een mix van verdienste (typisch voorbeeld: arbeidsmigratie) en behoefte (typisch voorbeeld: asiel). Gezinshereniging is een mix van behoefte (familiebanden) en verdienste (inkomenseis).

Sociale zekerheid en gezondheidszorg zijn andere sferen. Het is onrechtvaardig om iemand gezondheidszorg te ontzeggen omdat hij illegaal is. Dat doen we dan ook niet – althans in theorie. Bij sociale zekerheid is enige vermenging van sferen goed denkbaar, maar het totaal ontzeggen van basisbehoeften is een totale vermenging van sferen, waardoor aan iemand vanwege zijn positie in de ene, vreemdelingenrechtelijke sfeer elk recht in de andere, bestaansvoorwaarden-sfeer wordt ontzegd. Ik denk dat het op deze manier laten samenvallen van de twee sferen van verblijfsrecht en bestaansvoorwaarden onverenigbaar is met Walzer's concept van samengestelde (want meer-sferige) rechtvaardigheid (*complex equality*). En telkens als een vreemdeling vanuit vreemdelingendetentie geklinkerd wordt, vindt deze sfeervermenging rechtstreeks plaats. Dat gebeurt in zo'n 3 500 gevallen per jaar, dat is ongeveer de helft van alle mensen die in vreemdelingendetentie zit.²⁸

We hebben gezien hoeveel keuzevrijheid de overheid heeft bij de beslissing waar en wanneer de grenzen van het land bewaakt worden; welke beleidsterreinen nog in het licht van het vreemdelingenrecht gezien worden; tot hoever een vreemdeling achtervolgd wordt door de grens. De huidige situatie, waarin vreemdelingen in vrijwel elk aspect van hun dagelijks leven worden achtervolgd door de grens, is niet vanzelfsprekend. Kort geleden was een volstrekt andere situatie even vanzelfsprekend. Burgerschap, leren we van Bosniak, is als legoblokjes: je kunt ze op verschillende manieren aan elkaar klikken. Van Walzer neem ik over dat het vrijwel geheel laten samenvallen van de sferen van verblijf en bestaanszekerheid uit een oogpunt van sociale rechtvaardigheid niet goed te verdedigen is.

Het gelijkheidsbeginsel

Laten we nu weer eens teruggaan naar het gelijkheidsbeginsel. Men zal zich – inmiddels mogelijk met enige moei-

21. Stb. 1998, 203 en 204 (Koppelingswet). Zie daarover Manon Pluymen: *Niet toelaten betekent uitsluiten*, Den Haag: Boom 2008.

22. In die zin met zoveel woorden de Centrale Raad van Beroep in de uitspraken van 26 juni 2001 over de verenigbaarheid van de koppelingswet met het gelijkheidsbeginsel. Het getoetste doel van de koppelingswet is 'de doelstelling van de koppelingswetgeving zoals deze in de wetsgeschiedenis is neergelegd, te weten het wegnemen van de moge-

lijkheid om ondanks het ontbreken van een verblijfstitel aanspraak te maken op uitkeringen en verstrekkingen, hetgeen immers een aanzet kan vormen tot de voortzetting van, in beginsel, wederrechtelijk verblijf en uiteindelijk kan leiden tot een vorm van schijnlegaaliteit wat de verblijfspositie betreft; dit mede ter ondersteuning van een consistent vreemdelingenbeleid, dat onder meer tot doel heeft degenen die geen toelating verkrijgen het land te doen verlaten.' CRvB 26 juni

2001, RV 2001, 83, noot Minderhoud.

23. Lieneke Slingenberg: *Between Sovereignty and Equality. The Reception of Asylum Seekers under International Law*, dissertatie Vrije Universiteit Amsterdam, Amsterdam 2012, p. 398-400.

24. Thomas Spijkerboer: *Het hoger beroep in vreemdelingenzaken*, Den Haag: Sdu 2002.

25. Linda Bosniak: *The Citizen and the Alien: Dilemma's of Contemporary Membership*, Princeton University Press 2008.

26. EHRM 19 februari 2009, appl.no.

3455/05, *A. and others vs. UK*

27. Michael Walzer: *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, New York: Basic Books 1983, p. 31-63.

28. Email van Rian Ederveen (LOS) aan auteur d.d. 21 maart 2013: 3.770 in 2009, 3.300 in 2010, 3.245 in 2011, 1.560 in 2012 t/m 20 juli 2012.

te – herinneren dat allen die zich in Nederland bevinden in gelijke gevallen gelijk worden behandeld, zonder onderscheid naar nationaliteit.

Gaat het bij de uitsluiting van illegalen om onderscheid naar nationaliteit?²⁹ Als een werkgever personen die zwanger kunnen worden uitsluit van vaste aanstellingen, spreken we van onderscheid naar geslacht. Dat doen we, ook al weten we dat sommige vrouwen niet zwanger willen worden, en dat sommige vrouwen niet of niet meer zwanger kunnen worden. De verboden uitsluitingsgrond is niet reproductieve capaciteit, maar geslacht, omdat mannen niet op deze grond uitgesloten *kunnen* worden van een vaste aanstelling. Ik vind het naar analogie heel plausibel om te stellen dat het koppelingsbeginsel onderscheid naar nationaliteit behelst. Nederlanders *kunnen* door dit onderscheid niet getroffen worden, terwijl vreemdelingen wel kunnen worden geraakt. Zeker, een aantal vreemdelingen wordt niet geraakt omdat ze een verblijfsrecht hebben. Maar daar kan verandering in komen; wie een verblijfsrecht heeft kan dat verliezen doordat niet meer aan een vereiste wordt voldaan (inkomenseis, het voortduren van de arbeidsovereenkomst of het huwelijk, Somalië wordt veilig verklaard). Elke vreemdeling valt er potentieel onder. Is het onderscheid naar nationaliteit gerechtvaardigd? Voor rechtvaardiging van onderscheid naar nationaliteit moeten zeer gewichtige redenen aannemelijk gemaakt worden.³⁰ Dat is niet gemakkelijk. Ten eerste omdat sommige vreemdelingen wel aanspraak maken op uitkeringen, voorzieningen en vergunningen – ook illegale vreemdelingen (ik kom daar straks op terug). Dat ondermijnt de noodzakelijkheid van het onderscheid. Voorts zou met een veel beperktere vorm van onderscheid dan totale uitsluiting het doel (het economisch welzijn van Nederland) ook bereikt kunnen worden. Zo is goed voorstelbaar dat illegalen niet die onderdelen van het pakket van bestaanszekerheid krijgen die we zelf ook een beetje aan de luxe kant vinden; voor recht op het meerdere zou je je een soort opbouwsysteem kunnen indenken (als je X jaar belasting en premies hebt betaald, maak je aanspraak op het totale pakket). De gedachte dat het hier gaat om een niet gerechtvaardigd onderscheid naar nationaliteit heeft dus een zekere plausibiliteit.

Een volgende te onderzoeken mogelijkheid is dat het hier gaat om onderscheid naar vreemdelingenrechtelijke status. Nederlanders hebben de Cadillac onder de verblijfsstatussen, omdat nationale onderdanen niet mogen worden uitgezet.³¹ Aan de andere kant van het verblijfsrechtelijke spectrum zitten vreemdelingen met een erg zwak verblijfsrecht, bijvoorbeeld als zij om medische redenen niet kunnen worden verwijderd (art. 64 Vw 2000) of als ze de uitkomst van een procedure mogen afwachten (art. 8 onder f g en h Vw 2000). Deze mensen hebben allemaal rechtmatig verblijf in de zin van art. 10 Vw 2000, en vallen niet onder het koppelingsbeginsel. Er zijn ook mensen die geen verblijfsrecht hebben, zoals de protesterende vluchtelingen. Het doel van dit onderscheid tussen mensen met en zonder verblijfsrecht is het economisch welzijn van Nederland, en dat doel is ook wel plausibel. Gezien de ongelijkheid in de wereld op punten als levensvoorwaarden en veiligheid, betekenen open grenzen dat het *free riders* probleem dat kenmerkend is voor de welvaartsstaat onbeheersbaar wordt. Het ligt voor de hand te

verwachten dat vrije immigratie leidt tot neerwaartse druk op de lonen en sociale voorzieningen, uitholling van de positie van vakbonden. De hoofdredacties van de *Wall Street Journal* en de *Economist* zijn dan ook groot aanhanger van dit scenario. Ik ben dat niet. Als migratie niet meer door de staat wordt gereguleerd, wordt hij gereguleerd door die andere twee rivaliserende instituties: de markt en de familie. Dan toch maar liever de staat, omdat

De vrijwel totale uitsluiting van mensen zonder verblijfsrecht gaat te ver

zowel de democratische inspraak van onderop als het rechterlijk toezicht achteraf (hoe zeer ook allebei gebrek-kig) toch nog in positieve zin afsteekt bij de markt en de familie. Dus: het legitieme doel is er wat mij betreft in de juridische zin van het woord wel. Maar ik betwijfel of de totale uitsluiting van illegalen proportioneel is. Ik wijs er op dat het tot voor twintig jaar anders ging. En ik wijs er op dat ook nu nog het koppelingsbeginsel door de Nederlandse overheid routinematig wordt geschonden – ik kom daar straks op terug. Dan heeft het onderscheid de schijn van willekeur.

Een volgende te onderzoeken mogelijkheid is dat het koppelingsbeginsel onderscheid maakt *tussen* verschillende groepen mensen die niet verwijderd mogen worden. Er bevinden zich in Nederland veel mensen die op dit moment niet verwijderd mogen worden: Nederlanders, vreemdelingen met een verblijfsvergunning, vreemdelingen met een licht verblijfsrecht, en in ieder geval in 2012 Somaliërs. Ik neem nu even aan dat het onderscheid tussen wel en niet verwijderbaren gerechtvaardigd is. Maar *binnen* deze groep wordt een nader onderscheid gemaakt tussen mensen met een formeel verblijfsrecht (Nederlanders, vreemdelingen met verblijfsvergunning) en mensen die juridisch niet uitzetbaar zijn maar geen volkomen verblijfsrecht hebben (sommige vreemdelingen in procedure, Somaliërs in 2012). Ik moet eerlijk zeggen dat mijn gedachten stil vallen bij het zoeken naar een rechtvaardiging van dit onderscheid. Ik kan me indenken dat een onderscheid gerechtvaardigd is tussen mensen van wie je aan kunt nemen dat ze hier duurzaam zullen verblijven en mensen van wie je dat nog helemaal niet zeker weet (want er loopt nog een procedure). Maar het volledig uitsluiten van Somaliërs in 2012 is niet te rechtvaardigen. Dat heeft er natuurlijk alles mee te maken dat zij een evidente aanspraak op asielverlening hadden; een analyse op grond van het gelijkheidsbeginsel brengt dat nogmaals naar boven.

Dan de mogelijkheid dat het koppelingsbeginsel onderscheid maakt tussen verschillende groepen vreemdelingen *zonder* verblijfsrecht. Asielzoekers hebben de eerste vier weken na de afwijzing van hun asielverzoek recht op opvang, hoewel zij op dat moment geen rechtmatig verblijf hebben en art. 10 Vw 2000 dus eigenlijk aan

opvang in de weg staat.³² Daarnaast hebben, op grond van een arrest van de Hoge Raad,³³ kinderen en de gezinnen waar ze deel van uitmaken recht op opvang. De Centrale Raad van Beroep vindt dat in individuele gevallen aanleiding kan bestaan tot doorbreking van het koppelingsbeginsel, met name in kwetsbare gevallen.³⁴ Bovendien biedt een aantal gemeenten noodopvang in weerwil van het koppelingsbeginsel. Tenslotte, en uit beleidsmatig oogpunt vrij spectaculair: na de ontruiming van het tentenkamp in Ter Apel heeft een flink deel van de asielzoekers buitenwettelijke opvang gekregen van de minister,³⁵ en dat is voortgezet door staatssecretaris Teeven. Als we ons afvragen wat het doel is van dit onderscheid tussen verschillende groepen vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf hebben we het moeilijk. Het gaat om een onderscheid zonder wettelijke grondslag,³⁶ een onderscheid zelfs dat het wettelijke koppelingsbeginsel schendt. Als we inhoudelijk kijken, zien we dat in een aantal gevallen de rechter het onthouden van opvang op humanitaire gronden onhoudbaar vindt. Dat wordt vorm gegeven via art. 8 EVRM en vergelijkbare normen, maar het is de humanitaire noodsituatie waar het onthouden van opvang toe leidt die de doorslag geeft. De humanitaire situatie lijkt me wel een legitiem doel. Het beschermen van zwakken lijkt me onderdeel van onze publieke moraal, de *protection of morals*, en die wordt dus gediend door opvang te verlenen aan mensen bij wie het onthouden van opvang tot een situatie zou leiden die uit humanitair oogpunt niet aanvaardbaar is. Het is dus gerechtvaardigd om een onderscheid te maken tussen verschillende groepen illegalen al naar gelang hun humanitaire situatie. Maar dat is niet het onderscheid dat wordt gemaakt. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens overwoog in *M.S.S. vs. België en Griekenland*³⁷ dat asielzoekers als kwetsbare personen moeten worden aangemerkt, voor wie staten een bijzondere verantwoordelijkheid hebben. Die kwetsbaarheid kenmerkt ook de protesterende vluchtelingen. De afwijzing van hun asielverzoek heeft niet als gevolg dat asielzoekers plotseling niet meer uit gebieden van oorlog of etnische zuivering komen. Het zijn veelal getraumatiseerde mensen; en de manier waarop ze hier behandeld worden brengt hen een nieuw, een extra trauma toe.³⁸ Kortom: onderscheid maken tussen verschillende groepen illegalen op grond van hun humanitaire situatie lijkt me te rechtvaardigen. Maar dat is niet het onderscheid dat nu gemaakt wordt.

Samenvattend: onderscheid bij het toekennen van sociaal-economische grondrechten naar verblijfsstatus lijkt me, met pijn in het hart, in juridische zin gerechtvaardigd. De vraag is hoe ver dat onderscheid kan gaan. De vrijwel totale uitsluiting van mensen zonder verblijfsrecht gaat te ver. Er wordt nu al een nader onderscheid gemaakt tussen verschillende groepen mensen zonder verblijfsrecht, dat verband houdt met de kwetsbaarheid van de vreemdelingen om wie het gaat. Maar het onderscheid zoals het nu gemaakt wordt is ongeschikt om het legitieme doel (opvang in die gevallen waarin geen opvang tot een humanitaire noodsituatie leidt) te bereiken. Bovendien is het onderscheid niet proportioneel.³⁹ Vreemdelingen die niet uitgezet kunnen of mogen worden, komen in een humanitaire noodsituatie te verkeren als die toestand enige tijd duurt. Waar het gaat om vreemdelingen die niet uitgezet mogen of kunnen worden (de hierboven genoemde groepen 1 en 2), lijkt het me dat ongelijke behandeling in vergelijking met andere niet uitzetbaren die zich in Nederland bevinden (zoals Nederlanders en vreemdelingen met een verblijfsrecht) niet gerechtvaardigd is. Waar het gaat om de firma list & bedrog (groep 4) acht ik ongelijke behandeling wel gerechtvaardigd, omdat hun niet-verwijderbaarheid het gevolg is van oneigenlijk gedrag. Waar het gaat om de derde groep (verwijderbaar mits zij, in strijd met de waarheid, verklaren dat zij vrijwillig terug gaan) kan ik me indenken dat de overheid vindt dat van hen verlangd kan worden dat zij de verklaring van vrijwilligheid afleggen. Toch acht ik ongelijke behandeling voorshands niet gerechtvaardigd. Ten eerste omdat het conceptueel wel erg krom is: toepassing van bestuursdwang die afhankelijk is van instemming van het voorwerp van bestuursdwang; een overheid die van een rechtssubject vergt te liegen. Ten tweede omdat er met de landen van herkomst waar het

Als de Nederlandse overheid geen zin meer heeft om zich aan het Nederlandse en Europese asielrecht te houden, dan zijn we uitgepraat

29. Zie hierover Pieter Boeles: 'Europese burgers en derdelanders: wat betekent het verbod van discriminatie naar nationaliteit sinds Amsterdam?' *SEW* 2005, p. 500-513; en zijn noot bij EHRM 18 februari 2009, *JV* 2009/165, *Andrejeva vs. Letland*, noot Boeles.

30. Daar merk ik bij op dat de zeer zwaarwegende redenen-toets in *Gayguzuz* verband lijkt te houden met het feit dat het hier om onderscheid naar uitsluitend nationaliteit lijkt te gaan. *Gayguzuz* had een verblijfsvergunning in Oostenrijk die hem aanspraak gaf op langdurig verblijf, en hij woonde al heel lang in Oostenrijk. Zie Lie-

neke Slingenberg en Karin de Vries: *Citizens' or residents' rights? Territoriality and Legal status in the Article 14 case law of the ECtHR*, paper voor het vijfde VU Migration Law Seminar, Bergen aan Zee, 29 en 30 januari 2013.

31. Art. 3 Vierde Protocol bij het EVRM.

32. Lieneke Slingenberg: *Kroniek Opvang, Asiel & Migrantenrecht* 2012, p. 347-357, op p. 352.

33. HR 21 september 2012, *JV* 2012/458, noot Slingenberg.

34. Onder meer CRvB 19 april 2010, *JV* 2010/291, noot Minderhoud; CRvB 29 juni 2011, *RV* 2011, 90, noot Slingenberg;

CRvB 18 april 2012, *LJN* BW3240.

35. *Kamerstukken II* 2011/12, 19 637, nr. 1536: 260 tentenkampers die vrijwillig hun tenten opakten kregen opvang, en 110 mensen die bij de ontruiming van het tentenkamp werden staande gehouden. Zie daarover ook Rb. 's-Gravenhage 28 augustus 2012, *JV* 2012/422; Rb. 's-Gravenhage 3 oktober 2012, *JV* 2013/56, noot Spijkerboer.

36. Althans: het gaat om een onderscheid dat in strijd is met art. 10 Vw 2000, en wat voor wettelijke grondslag moet doorgaan (art. 6:162 BW bij de Hoge Raad en internationaal recht bij de Centrale Raad van Beroep), is een evidente noodgreep.

37. EHRM 21 januari 2011. Appl.No.

30696/09, *M.S.S. vs. België en Griekenland*.

38. C.J. Laban: *Dutch Study Iraqi Asylum Seekers. Impact of a long asylum procedure on health and health related dimensions among Iraqi asylum seekers in the Netherlands. An epidemiological study*, dissertatie Vrije Universiteit Amsterdam, 2010.

39. Merk op dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in *Bah* veel belang hechtte aan het feit dat Bah en haar zoon nooit feitelijk op straat hadden gestaan, EHRM 27 September 2011, appl.no. 56328/07, *Bah vs. VK*.

om gaat vaak wel iets aan de hand is – neem Irak. Het lijkt me nodig om ook voor andere landen meer inzicht te krijgen in de redenen waarom landen alleen bereid zijn reisdocumenten af te geven voor mensen waarvan ze erkennen dat het hun onderdanen zijn, als die verklaren dat zij vrijwillig terug gaan.

Slot

Staten mogen onderscheid maken naar nationaliteit waar het gaat om de toelating en uitzetting van vreemdelingen. Een aantal uitgeprocedeerde asielzoekers kan echter niet worden uitgezet. Sommigen omdat dat niet mag (Somaliërs). Anderen omdat hun land van herkomst ze niet wil terugnemen. Het gaat daarbij vaak om groepen die voorwerp zijn van lichtere of zwaardere vormen van etnische zuivering, soms om landen die sowieso niet meewerken aan terugkeer. En nog weer andere landen werken alleen mee aan terugkeer als de vreemdeling zelf echt terug wil. Van al deze groepen kan worden vastgesteld dat ze in Nederland klem zitten. Ik reken daar ook de laatste groep toe; als iemand daar anders over denkt kan ik de redenering wel volgen, maar ik geef meer gewicht aan het gegeven dat deze mensen vast zit tussen de beleidslogica's van twee landen.

Maar plus of min die laatste groep: een flinke groep uitgeprocedeerde asielzoekers zit in Nederland klem. Valen zij, nu uitzetting niet tot de mogelijkheden behoort, wel onder het gelijkheidsbeginsel? Er kon immers alleen een uitzondering worden gemaakt op gelijke behandeling ongeacht nationaliteit als het ging om toelating en uitzetting? De afgelopen decennia hebben we in Nederland de invoering van het koppelingsbeginsel gezien. Dat betekent dat veel meer beleidsterreinen als onderdeel van, of ondergeschikt aan het vreemdelingenrecht worden beschouwd. De mogelijkheid van ongelijke behandeling van vreemdelingen in art. 2 Gw en de jurisprudentie van het EHRM betreft de toelating en uitzetting van vreemdelingen. Maar omdat sociale zekerheid, arbeid, gezondheidszorg, huisvesting, het openen van een bankrekening en de aanschaf van een OV-abonnement ook worden beschouwd als verband houdend met toelating en uitzetting, zijn we ongelijke behandeling op die punten ook als gerechtvaardigd gaan beschouwen. Het concept van burgerschap is zo kneedbaar dat het die mogelijkheid ook biedt. Maar Walzer's opvatting over samengestelde gelijkheid (ongelijkheid binnen een sfeer kan alleen gelegitiemeerd worden op grond van argumenten die aan die sfeer ontleend zijn) laat zien dat het vrijwel volledig laten samenvallen van de sfeer van lidmaatschap met de sfeer van basale bestaansvoorwaarden (zoals het Nederlandse koppelingsbeginsel doet) niet te rechtvaardigen is. Vervolgens ben ik met deze bagage opnieuw naar het gelijk-

heidsbeginsel gaan kijken. Onderscheid naar verblijfsstatus op het punt van fundamentele levensbehoeften lijkt me in juridische zin gerechtvaardigd, al gaat de Nederlandse wetgeving daarin te ver. Het onderscheid dat men nu begint te maken tussen verschillende groepen vreemdelingen zonder verblijfsstatus vanwege de humanitaire noodsituatie waarin ze zonder opvang komen te verkeren, is gerechtvaardigd, en is bovendien noodzakelijk om het onderscheid naar verblijfsstatus te rechtvaardigen. Maar dat onderscheid moet dan goed worden gemaakt. Dat gebeurt nu niet, omdat het onderscheid stukje bij beetje bij de rechter moet worden afgedwongen, en dat levert een lappendekentje van beperkte omvang op. Ik heb suggesties gedaan voor hoe dat beter kan.

De casus van de Somaliërs in 2012 ligt me zwaar op de maag. Als de Nederlandse overheid geen zin meer heeft om zich aan het Nederlandse en Europese asielrecht te houden, dan zijn we uitgepraat. Tentenkampen, moskeeën en kerken die dat steunen, en gemeentes die noodopvang faciliteren lijken me volstrekt proportionele reacties op dit onrechtmatige beleid. Dat geldt, al ligt het daar subtieler, ook voor het onthouden van sociaal-economische grondrechten aan andere niet verwijderbare asielzoekers.

Tot slot het verwijt dat deze vormen van burgerlijke en bestuurlijke ongehoorzaamheid onzuiver zijn, omdat ze de vluchtelingen valse hoop zouden bieden. In 2008 zei Barack Obama: 'We've been warned against offering the people of this nation false hope. But in the unlikely story that is America, there has never been anything false about hope.'⁴⁰ De actievoerende vluchtelingen leggen zich er niet bij neer dat zij uitgesloten worden van de mogelijkheid om zelf in hun basale bestaansvoorwaarden te voorzien. En inderdaad: daarvoor is hoop, eigenlijk vaak: de moed der wanhoop, nodig. Sinds wanneer is hoop vals? De mensen die dat beweren kiezen hun doelwit op een merkwaardige wijze. Ze hebben kennelijk liever dat vluchtelingen die op straat leven zich *niet* verenigen, dat de problemen die zij hebben *niet* zichtbaar worden gemaakt. Ze vinden het falen van het asielbeleid waar de actievoerders de vinger op leggen kennelijk minder erg dan het zichtbaar maken zelf. Het zichtbaar maken van dat probleem, met de hoop die daar mee samengaat, zijn onderdeel van de oplossing. Het gelijkheidsbeginsel, die dure belofte die als vlag vooraan de Grondwet geplant is, biedt hoop. En – om nog maar eens een zwarte Amerikaan te citeren – wat ons te doen staat is die hoop levend te houden. •

⁴⁰. New York Times 8 januari 2008, http://www.nytimes.com/2008/01/08/us/politics/08text-obama.html?pagewanted=all&_r=0, bezocht 16 maart 2013.